7.

Muy Illuſtre Señor.



N EL pleyto que v.m. tiene viſto, entre don Gutierre de Bouadilla y Peñaloſa, hijo mayor varon legitimo de don Antonio de Padilla y Doña Iuana de Mendoça ſu muger, y Pedro Lopez de Padilla ſu tio, ſobre la tenuta y poſſeſsiõ del mayorazgo que fundo doña Maria de Peñaloſa, que vaco por fin y muerte de doña Magdalena de Bouadilla y Peñaloſa Condeſſa de Medellin.

¶ SE PRESVPONE en el hecho; Que la dicha doña Maria de Peñaloſa, muger que fue de Franciſco de Bouadilla, vezinos de Granada, (ſiendo ya muerto el dicho ſu marido,) hizo y fũdo mayorazgo perpetuo con facultad Real delos bienes expreſſados en la eſcriptura dela fundacion del dicho mayorazgo, q eſta preſentada. Y para la ſucceſsion del llamo en primero lugar (para deſpues de ſus dias) a dõ Pedro de Bouadilla y Peñaloſa, ſu nieto, y a ſus deſcendientes: Y a falta dellos a doña Maria de Padilla, tambien ſu nieta, y a ſus hijos y deſcendientes, per hæc verba.

¶ *E deſpues de mis dias ſuccedais en todos los dichos bienes võs el dicho don Pedro de Bouadilla y Peñaloſa mi nieto, y los tengais y poſſeais los dias de vueſtra vida, y deſpues de vos ſucceda en ellos vueſtro hijo varon mayor legitimo, e no legitimado, ſino fuere por ſubſiguiente matrimonio, y ſus deſcendientes legitimos de varon en varon: y en defeto de hijo varon vueſtro, ſucceda en los dichos bienes vueſtra hija mayor legitima, como dicho es, è ſus deſcẽdientes, anſi por eſta orden: ſiempre prefiriendo è anteponiendo el varon a la hembra, aun que ſea menor de dias el varon: y anſi ſuccedan en eſte dicho mayorazgo y mejoria vueſtros nietos y*

 viſnietos,

visnietos, e todos los otros vuestros descendiētes cada vno en su tiēpo para siempre jamas, sin diferencia de quarta ni de quinta generacion. y en defeto de descendientes vuestros, succeda en el dicho mayorazgo la dicha Doña Maria de Padilla mi nieta, e aya todos los dichos bienes los dias de su vida, e despues deella su hijo mayor varon legitimo (como dicho es) y en defecto de varon hembra, guardando la orden susodicha. Y en defecto de descendientes de la dicha Doña Maria de Padilla. Va haziendo otros llamamientos.

¶ Item se presupone, que la dicha Doña Maria de Peñalosa entre las demas condiciones puso vna por mas principal, en lo tocante al nombre y armas, que es del tenor siguiente.

¶ Otrosi con condicion, que vos el dicho Don Pedro os llameis continuamente Don Pedro de Bouadilla y Peñalosa, e firmeis ansi, e traygais derechamente las armas de los Bouadillas y Peñalosas por principales, y en las escripturas que otorgaredes, y en vuestra casa os hagais llamar Bouadilla de Peñalosa, y el successor, e successores despues de vos, se llamen el nombre proprio, e por cognombre, e apellido Bouadilla de Peñalosa. Por manera, que si fuere varon se llame en su casa y fuera della y en su firma y escrituras Don Diego, o Pedro, o Iuan, o otro nombre, e por cognombre Bouadilla de Peñalosa, e la hembra Doña Maria, o Ana, o Isabel, o otro nombre proprio e Bouadilla de Peñalosa. e si lo contrario hizieren pierdan el dicho mayorazgo, e suceda en el el siguiente en grado, como si no fuera posseedor de el, el que no guardare lo que dicho es, o no fuera llamado, o fuera muerto e passado desta presente vida.

¶ Item se presupone, que demas de la dicha clausula tocante al nombre y armas puso otra cerca del nombre y apellido, en la qual està la sustancia deste pleito, que es del tenor siguiente.

Otrosi quiero, dispongo, y ordeno, que quando el dicho mayorazgo sucediere en persona, que no pueda tener los dichos apellidos (como dicho es) solos por principales, sin otro renombre, ni cognombre alguno antes, ni despues, por tener otro mayorazgo, o bienes vinculados, con condicion que se llame de otro apellido: en tal caso quiero, que venga al siguiente en grado llamado por la disposicion suso dicha, y con las dichas condiciones. saluo si el tal no eligiere dexar, e dexare el dicho mayorazgo, e bienes vinculados, que tuuiere a su ermano segundo, o al que le auia de suceder, y quisiere tomar, e recebir este dicho mayorazgo: que en tal caso quiero que lo pueda hazer y haga, guardando y cumpliendo todo lo contenido en esta escriptura, e despues suceda en ellos su hijo mayor varō legitimo, e sus descendientes, guardando la orden de suso declarada.

Item

¶ Item se presupone, q̃ el dicho Dõ Pedro de Bouadilla y Peñalosa primero llamado dexo por su hija vnica ala dicha Cõdesa Doña Magdalena de Bouadilla: La qual murio sin hijos ni descendientes. Y la dicha Doña Maria de Padilla dexo por su hijo mayor al dicho Don Antonio de Padilla, y por su hijo segundo al dicho Pedro Lopez de Padilla. Y el dicho Don Antonio tiene por su hijo mayor al dicho Don Gutierre de Bouadilla, y por su hija a Doña Maria de Bouadilla.

¶ Vltimo loco se presupone, que el dicho Don Antonio de Padilla, que era el sucessor verdadero, tiene repudiado, y dicho expressamente, que no quiere suceder; Porque possee mayorazgos de los Padillas, que tienen clausulas de armas y apellido: Y por el consiguiente incompatibles con este mayorazgo, de que se trata, que requiere, que el que vuiere de suceder en el, se llame Bouadilla y Peñalosa sin otro nombre ni apellido. Y ansi el dicho Don Gutierre (como hijo mayor y siguiente en grado) pide este mayorazgo y bienes del. Y el dicho Pedro Lopez pretende que el es el sucessor, y que esta excluso el dicho Don Antonio y toda su descendencia.

¶ His sic in facto præmissis, se fundara el derecho del dicho Don Gutierre de Bouadilla en dos articulos mas principales.

¶ En el primero se mostrara, que en el caso sucedido esta expressamente llamado.

¶ Y en el otro se respondera en particular a los fundamentos del dicho Pedro Lopez de Padilla.

Primus Articulus.

¶ EN QVANTO al Primer articulo es cosa llana, Que el dicho Don Gutierre esta llamado en el caso sucedido. Porque la dicha fũdadora (en los llamamiẽtos, que ordeno para la sucesion deste mayorazgo) llamo en primero lugar a Dõ Pedro de Bouadĩlla su nieto, y a sus descendientes, y a falta dellos a la dicha Doña Maria de Padilla tambien su nieta, y a su hijo mayor, y a sus decendientes, como parece de los llamamientos de suso referidos. quibus quidem verbis comprehensi sunt omnes descendentes de la dicha

Doña Maria, quilibet suo loco & tempore, ita vt filius maior prius succedat, & eius nepos, & pronepos, & reliqui ab eis procedentes, & in eorum defectum filius secundus, & eius descendentes, & deinde reliqui, ita vt quilibet suo proprio iure admittatur, absque vlla representatione, seu transmisione. Quia quot sunt descendentes, tot iura diuersa procreantur: totque substitutiones producūtur: quibus vnusquisque suo iure post alium admittitur, succediendo primero por el dicho su proprio derecho todos los descendientes del hijo mayor, y a falta dellos el hijo segundo con sus descendientes, prout eleganter declarat Oldrad. consi. 224. nu. 2. & nu. 40. Abb. consil. 85. ex n. 2. li. 1. Paul. con. 164. n. 4. & 5. li. 2. & in l. si pecuniam in princ. n. 11. ff. de condictio. ob causam. Molina libr. 1. c. 1. nu. 17. & est text. in l. quoties. C. de dona. quæ sub modo. & in l. 7. tit. 4. part. 5. De lo qual resulta, que no queriendo suceder Don Antonio en este dicho mayorazgo (por le auer repudiado y tener otro con incōpatibilidad de nombre y armas,) necessariamēte ha de entrar su hijo: y en ninguna manera le puede excluir el dicho Pedro Lopez de Padilla, pues es hijo segundo de la dicha Doña Maria, vt eleganter inquit Bald. in consi. 389. nu. 1. vers. septimo. lib. 2. vbi dicit, quod secundo genitus quasi ad intellectum censetur substitutus loco primi sub ea conditione, si primus, eiusque liberi deficiant, quod tradit Paul. in dicto consi. 164. nu. 4. vers. melius. & num. 7. vers. nam ad primum. libr. 2. Præposit. in c. 1. de feudo Marchiæ. nu. 11. & 14. Tiraquell. de iure primogenituræ. quæst. 40. nu. 108, cum seqq.

¶ Secundo y este llamamiento del dicho Don Gutierre se prueua tambien: porq̄ entre el dicho Don Antonio de Padilla y Pedro Lopez de Padilla su ermano se causarō cōforme a los dichos llamamiētos lineas diferentes: Y la del dicho Don Antonio es la primera. Y la del dicho Pedro Lopez segunda: & per consequens no puede el dicho Pedro Lopez de Padilla, que es de la segunda linea tener entrada en este mayorazgo auiēdo en la primera linea persona llamada, vt in c. 1. de natura succesio. feudi, ibi: *Sed omnibus ex hac linea deficientibus omnes aliæ lineæ æqualiter vocantur.* Ex quo textu notant omnes, que auiendo persona de la primera linea, no puede suceder persona de la segunda, & ita Paul. in dicto consi. 164. nu. 4. & 5. & 11. & post alios Molina de Hispanor. primogeniis. lib. 3. c. 4. nu. 14. & habetur in l. 2. tit. 15. parti. 2. & in l. 40. Tauri.

¶ Tertio en fauor del dicho Don Gutierre estan todas las reglas

delos

delos mayorazgos, tum quia qui prius vocatus est, prius succedere debet. l. cum ita. §. in fideicommisso. de legat. 2. l. hæredes mei, §. fin. ff. ad Trebellia. l. cum pater. §. à te peto. de legat. 2. Tum quia primo nominatus censetur magis dilectus. argumento ab ordine literæ. vt in l. Publius. §. 1. ff. de conditio. & demonstratio. & in l. Lutius. in fin. ff. de hæredib. instituend. quia est in linea propinquiori respecto de la vltima posseedora, que fue la dicha Condessa Doña Magdalena de Bouadilla. Y ansi es el siguiente en grado, no solo a su padre Don Antonio, sino tambien a la dicha vltima posseedora: y el dicho Pedro Lopez de Padilla tiene contra si todas las dichas reglas.

¶ Item quod vocatus est post substitutiones factas en la linea del dicho Don Antonio, ideo succedere non potest, nisi deficientibus omnibus, qui sunt in dicta linea, vt in l. quidam testaméto. ff. de vulgari. vbi Angel. Alberi. & Bald. idem Angel. & alij. in d. l. hæredes mei. §. cum ita. ff. ad Trebellia. & in l. Titia Seio. §. Scia libertis. ff. de legat. 2. & in l. filius qui patri. §. cum filius. ff. de bonis liberto. ibi: *Et sine dubio, qui sequentis gradus sunt, non admittuntur interim.* Et per consequens clarum est, que el dicho Don Gutierre conforme a los llamamiétos de arriba, y a lo dispuesto en la clausula principal deste pleito vocatus est in casu, qui euenit, excluso patruo suo.

¶ Quarto in his immorandum non erit, por auer (como ay) llamamiento expresso, y por palabras formales en el dicho mayorazgo, llamando al hijo mayor del dicho Don Pedro de Bouadilla y Peñalosa, y a los descendientes del tal hijo mayor, ibi: *Y despues de vos sucedan en ellos vuestro hijo varon mayor legitimo, y no legitimado, sino fuere por subsiguiente matrimonio, y sus descendientes legitimos. &c.* Et ex dispositione iuris eadem dispositio, quæ in hac prima vocatione fit, censetur facta in secunda vocatione del hijo mayor y descendientes de la dicha Doña Maria. l. vnica. §. pro secundo. C. de caducis tollendis. l. licet imperator. vbi notant Doctores. de legat. 1. Bart. in l. quæ conditio. col. 7. versi. quæro vtrum onus iniunctum. ff. de conditio. & demonstratio. & ibi Doctores. precipue Socin. Curt. latissime cons. 12. col. 4. Y demas de ser esto ansi de derecho llano, ay llamamiéto formal y expresso de la persona del dicho Don Gutierre, y como si estuuiera nombrado por su nombre proprio: porque entrãdo el llamamiento de la dicha Doña Maria y sus descendientes, dize, *Y despues della su hijo mayor varon legitimo, como dicho es, y en defecto de varon hembra, guardando la orden susodicha.* Verba enim hæc, *secundum quod supra dictum*

est,vel,*iuxta formam & ordinem superius datam*, relatiua sunt, & repetitiua omnium qualitatum præcedétium.tex.est in l.edita.C.de edendo.verb.*prout*, & in extrauagant. ad reprimendum. verb.*prout.* vbi Bart.expresse notat:idem Bar.in l.1.ff.de recepta.& in l.1.ff.si famil. furtum fecisse dicatur.Bart.Paul.& Aretin.in l.sicut.§.si à filio. de lega.1.Alex.in cons.9.volu.1.num.10.vbi inquit,quod si præcedens substitutio loquatur de filiis & nepotibus,substitutio sequens, quæ ad primam refertur eodem modo, tam filios,quam nepotes comprehendit.Deci.consi.497.num.5.Y ansi auiendo llamado al hijo mayor,y a sus decendientes del dicho Don Pedro primero, que a otro ninguno en el llamamiento de los descendientes de la dicha Doña Maria,indubiè esta llamado tambien el hijo mayor y sus descédientes,que es el dicho Don Antonio,y despues de el el dicho Don Gutierre,antes que el dicho Pedro Lopez, ni otro algun descendiente de la dicha Doña Maria. habet igitur el dicho Don Gutierre proprio,y formal llamamiento,antes que el dicho Pedro Lopez.

Secundus Articulus.

¶EN ESTE segundo articulo se ha de responder a los fundamentos,que el dicho Pedro Lopez trae en su fauor. Y con las respuestas que a ellos se dieren quedara mas fundada la justicia del dicho Don Gutierre.

¶Dize pues lo primero, que el dicho Don Antonio de Padilla en el caso succedido no esta llamado,& per consequens, que su hijo Don Gutierre ningun derecho puede pretender como descédiente de persona no llamada,cum non posit habere ius representationis,aut transmisionis,aut aliud simile.ex regula nemo plus iuris.de regulis iuris.

¶Cui obiectioni multis modis respõdemus. Et primo dicimus, que el dicho Don Antonio de Padilla sin duda esta llamado en el caso sucedido:porque para despues delos dias dela dicha Doña Maria de Padilla su madre,esta expressamente llamado como su hijo mayor,veluti si nomine proprio esset nominatus,quia indubitabili signo est demonstratus.vt in l.quoties.§.si quis nomen.ff.de hæredibus institu.& in l.1.& 2.ff.de lib.& posth.Y con este presupuesto, de que esta llamado entra la fundadora en la dicha clausula de la incompa-

compatibilidad de nombre y armas, ibi: *Otrosi quiero, y dispongo, y ordeno, que quando el dicho mayorazgo sucediere en persona que no pueda tener los dichos apellidos. &c.* Quibus verbis manifeste significauit, que la tal persona esta llamada. Aliter enim no se podria dezir, que este dicho mayorazgo succede, o viene a la dicha tal persona. Item diziẽdo luego. *En tal caso quiero que venga al siguiente en grado llamado por la disposicion susodicha.* Ya es con presupuesto, que la dicha persona no quiere tener el nombre y apellido de Bouadilla y Peñalosa, o que no lo puede hazer causatiuè, por retener otro mayorazgo con otras armas y apellidos diferentes. Item cum statim dicit: *Saluo si el tal no eligiere dexar, y dexare el dicho mayorazgo y bienes vinculados, que tuuiere.* Manifeste etiam præsupponit, que esta llamado, nam cum posit optare, & eligere, necessario ei terminus assignandus est, intra quem eligat. vt habetur per omnes in l. serui electione. ff. de legat. 1. & in authen. hoc amplius. C. de fideicommissis. quo tempore cum maioratus non debeat esse in pendenti, contra. l. fin. ff. communia prædiorum. fateri necesse est, que la tal persona tiene derecho y llamamiẽto formal y radicado en si.

¶ Pæterea si en el caso de la dicha clausula la persona, de que dispone, no se tuuiesse por llamada en caso, que tuuiesse otro mayorazgo con otro nombre y otras armas: sequeretur absurdum, que siendo el mayorazgo que posseyesse pequeño, y tal que verisimilmente le auria de dexar, se auria assentado el llamamiento en el siguiente en grado. Y la tal persona auria de pedir al tal siguiente en grado, quod est contra voluntatem disponentis. Porque a la dicha persona quiso dar la preeminencia y derecho llamamiento. Y que en su mano estuuiesse dexarlo, sino lo quisiesse, & ita conueniebat: porque la tal persona verdaderamente es la mas amada, quiriendo retener este mayorazgo: nunquam vero interpretatio facienda est, vt minus dilectus melioris sit conditionis quam magis dilectus. l. Publius. §. fin. ff. de conditio. & demonstrationi. l. qui fundum. §. quĩ filios. ff. ad l. Falcid. & per consequens absque vllo dubio en el caso de la dicha clausula el dicho Don Antonio esta llamado.

¶ Nec dici potest, quod vocatus est conditionaliter, & quod defecta conditione euanescit dispositio, como si nunca fuera llamado l. mulier. §. 1. & ibi Doctores. ff. de condit. institutio. l. 3. §. si quis ita. ff. de hæredib. instit. Porque antes esta llamado puramente. Notum enim est, que en las disposiciones de los mayorazgos todos estos

grauamenes se ponen per viam modi, non per viam conditionis. vt docet Molina. lib. 2. c. 12. ex nu. 2. & ibi nu. 9. ostendit secundum communem sententiam, Dispositionem potius esse in dubio intelligendam per viam modi, quam per viam conditionis. ex Bar. n. 2. quem ibi omnes sequuntur in l. cum mota. C. de transact. & ibi etiam n. 11. ostendit, que todos estos grauamenes, que se ponen enlos mayorazgos, quæ pertinent ad alienationis prohibitionem, succedendi ordinem, grauamen nominis atque armorum, & reliqua huius generis, semper censẽtur inducere modum, & non cõditionem: aunq̃ los testadores, o fundadores de los mayorazgos vsen de palabra, *condicion*. Porque se entiende de modo. vt in l. mæuia. ff. de manumiss. testament. & in l. debitori. C. de pactis. & in l. ea conditione. C. de conditionib. insertis. Et sic non obstat verbum, *Saluo si el tal*, quæ quidem dictio, *Si*, solet inducere conditionem. iuxta glo. in rubr. ff. de cond. & demonstr. Porque la dicha diction en la dicha clausula significa modo. Pues aunque la fundadora expressamente vsara de palabra, condicion, se auia de tomar pro modo, iuxta adducta per Molinam loco supra citato. Y es la razon desto, porque todas estas cosas de tener el nombre y apellido de los Bouadillas y Peñalosas, y dexar el mayorazgo, q̃ tiene otro nombre y otro apellido, se hã de cumplir post dispositionem perfectam, y reteniendo primero el dicho mayorazgo de Bouadilla y Peñalosa: & sic resultat modus ex doctrina Bart. in l. quibus diebus. §. Termilius. nu. 1. ff. de condit. & demonst. qui est communiter receptus, secũd. Molin. qui alios citat in d. c. 12. n. 4. Y ansi se vee, q̃ en la misma clausula, ibi: *Por tener otro mayorazgo, y bienes vinculados cõ condicion, que se llame de otro apellido*. verbum illud, *con condicion*, accipitur pro modo, vt ostẽdit Molina in d. c. 2. nu. 11. quia prius quis debet habere maioratum, quam adimplere grauamẽ nominis & armorum. Et non obstat etiam si in cõtrarium ponderẽtur verba illa. *y quisiere tomar y recibir este dicho mayorazgo*, quasi per ea significetur, que primero ha de dexar el que tiene mayorazgo de otro apellido, el tal mayorazgo, y despues tomar y recebir este, & sic videtur resultare conditio ex distinctione. Bart. in d. §. Termilius. nu. 1. Porque a esto se responde, que las dichas palabras tomar y recebir, se han de entender necessariamente à se ipso. Quia sunt verba directa, quæ suapte natura significãt. vt quis sua manu capiat, iuxta Bartoli doctrinam in. l. Centurio. nu. 43. ff. de vulgari. quod precisse verum est. Porque ya la clausula arriba presupuso (hablando en la persona que tiene otro mayorazgo de otro apellido) que verdaderamente estando llamado por la disposicion susodicha sucede en este

mayorazgo

mayorazgo, y que solo passarà al siguiente en grado quando retuuiere el otro mayorazgo, por cuya causa no puede retener los apellidos de Bouadilla y Peñalosa solos por principales, & sic semper resultat modus. & per consequens, siendo llamado el dicho Don Antonio, todas las reglas de derecho estan en fauor del dicho Don Gutierre para que aya de entrar y entre en este dicho mayorazgo en defecto del dicho Don Antonio su padre.

¶ Secundo concludentissime respondemus, que la oposicion del dicho Pedro Lopez de Padilla pudiera proceder si el dicho Don Gutierre para suceder en este mayorazgo fundara su justicia en el llamamiento y derecho de su padre. Pero fundandose, como se funda en su proprio llamamiento, como se mostro en el articulo precedente, ninguna cosa le puede obstar la dicha oposiciõ, quia ius non metitur ex persona patris, sed ex sua propria, vt inquit Paul, cõs. 374 nu, 3. lib. 1. dicens. Quod quando substitutio est facta in persona alicuius, & suorum, tunc veniũt omnes ex propria substitutione, & vocatione, & non ex persona patris primo loco vocati, sicut idem est in feudo dato Titio & liberis eius. In defectum enim Titij vocantur liberi ex propria persona, & est eis aperta via, quæ erat præclusa ex persona Titij. idem tradit Deci. cons. 389. nu. 1. & 2. vbi plures citat ad hoc: quod quando filij sunt expresse nominati ius efficatius illis acquiritur ex sua persona. Ad quod etiam facit doctrina Barto. in l. qui superstitis. col. 1. nu. 2. vers. aduerte. ff. de acquir. hæred. vbi loquitur quando filia renuntiauit hæreditati patris, quia licet ad bona paterna nullum ius habeat, non tamen excluduntur eius liberi suo proprio iure succedere volentes: idem tradit Bald. in l. fi. col. pen. versi. hic incidenter quæritur. C. de pactis. idem Bal. in l. 2. C. de liber. præterit. & in l. 1. §. si filius. ff. de coniũgen. cum emancip. libe. eius. & in l. 1. §. si sit nepos. post prin. ff. de collat. dotis. Tiraq. de primogenitura. quæst. 3. nu. 31. & quæst. 40. nu. 15. post Areti. & Ias. in l. is potest. ff. de acq. hæred. & ita etiam in simili dicunt DD. que el varon de hembra puede suceder en el mayorazgo donde estan exclusas las mugeres, si maioratus agnationẽ non respiciat. Porq̃ aunque las tales mugeres no tengan llamamiento, viniendo los varones de ellas por su proprio derecho recte succedunt, vt in terminis respondit Ruin. in consi. 49. col. 2. lib. 1. Mandell. cons. 87. nu. 9. Curt. Iun. consil. 1. Soci. Iunior. cons. 2. lib. 3.

¶ Tertio dicimus, q̃ no solo el dicho Don Gutierre por succeder, co

mo

mo ſuccede por ſu propria perſona tienẽ derecho reſpecto delos llamamientos generales, ſino tambien por el llamamiento, q̃ tiene en la miſma clauſula, en que el dicho Pedro Lopez ſe funda. Porque en ella diſpone la fundadora, que quando eſte ſu mayorazgo viniere en perſona, que no pueda tener ſus apellidos ſolos por principales, q̃ en tal caſo suceda el ſiguiente en grado. Sequẽs vero in gradu neceſſario dicẽdus eſt prædictus Don Gutierre: porque en la miſma clauſula, ſiguiente en grado ſe dize reſpecto de la perſona, que auia de ſuceder, que era el dicho Don Antonio, & per conſequens el ſiguiente en grado es ſu hijo. Y para que en eſto no vuieſſe duda añadio la dicha fundadora: *Siguiente en grado llamado por la diſpoſicion ſuſodicha.* Y por la diſpoſicion ſuſodicha ninguna duda ay, ni puede auer, ſino que el dicho Don Gutierre es ſiguiente en grado al dicho Don Antonio ſu padre. Y tiene deſpues del ſu proprio y particular llamamiento, por eſtar llamada Doña Maria de Padilla y ſu hijo mayor, y ſu nieto mayor. vnde cum relatum inſit in referente proprie & vere cum omnibus ſuis qualitatibus. vt in l. aſſe toto. cum ſimilibus. ff. de hæred. inſtit. Neceſſario ſequitur, que el dicho Don Gutierre en el caſo de la clauſula es el ſiguiente en grado, que ſucede en eſte mayorazgo, ſegun la diſpoſicion ſuſodicha. Et generale eſt, vt ſemper nõ admiſſo patre, vel propter defectũ cõditionis, vel ob aliam cauſam, admittatur nepos ex ſucceſsorio edicto. vt in l. 1. §. quibus. ff. de ſuc. edict. & in l. 1. §. ſi filius. ff. de ſuis & leg. hær. & in l. ſi quis poſthumos. §. ſi filiũ. ff. de lib. & poſth. & in l. Gallus. per totam legẽ. eod. tit. & in l. 2. C. de liber. præterit. optimus text. in l. ſi is qui. ff. de inoffic. teſtam. cuius verba ſunt: *Si is qui admittitur ad accuſationem nolit, aut non poßit accuſare, an ſequens admittatur videndum eſt? & placuit poſſe, vt fiat ſucceßioni locus.* Y todos entienden aquel texto enel nieto, quando el padre no ſe admite. & eſt optimus text. in l. 3. §. ſi emancipatus filius. ff. de bonorum poſſeſ. contra tabulas. Vbi habetur, ꝙ ſi pater exhæredet filium propter cauſam ingratitudinis, non debet obeſſe nepoti, qui nullam cauſam ingratitudinis commiſsit, ſi querela inofficioſi teſtamenti ad eum deuoluatur. Y eſte es en los mayorazgos el comun y vſitado termino y manera de hablar, que quando o por falta de condicion, o por otra cauſa vno no ſe admite, y ſe llama el ſiguiente en grado, ſe entiende ſer el hijo, o la perſona, que quitado de por medio el que auia de ſuceder, tiene derecho a la ſucceſsion del mayorazgo, cui communi loquendi vſui ſtandum eſt. l. librorum. §. quod tamen Caſsius, cum ſimilibus. ff. de legat. 3. Y en eſte miſmo ſentido tomo eſta palabra Bartolo in l. 3. ff. de interdict.

&

& relega. Y assi dixo la ley. 45. de Toro, (cuyo remedio esta intentado) *Venga al siguiente en grado, que segun la disposicion del mayorazgo deuiere suceder en el*, que es lo mismo que aqui dixo la dicha fundadora. *Que venga al siguiente en grado, llamado por la disposicion susodicha.*

¶ Quarto respondemus, que en los proprios terminos, de q̃ vno no sucede por impedimento, o incapacidad, que le haze no llamado, nõ propterea excluditur eius filius, veluti cum pater furiosus est, qui licet in maioratu non succedat, tanquam non vocatus propter furorem, Admittitur tamen eius filius, excluso patruo secundo genito. ex celebri consilio Baldi. 389. lib. 2. versic. pone primogenitum esse furiosum. idem Bald. in c. 1. an mutus vel alias imperfectus. n. 1. Soci. cons. 47. nu. 10. lib. 3. Tiraquell. de primog. quæst. 23. nu. 14. Molina de primogen. lib. 1. c. 13. n. 35. Greg. Lop. in l. 3. tit. 15. part. 2. verb. siendo hombre para ello. col. 1. in fin.

¶ Ex quibus omnibus resultat satis concludenter probatum, que el fundamento, que se haze de no estar Don Antonio llamado en el caso de la clausula, es falso. Y que aunque no lo estuuiera, entraua, y entra Don Gutierre su hijo por el proprio y particular llamamiento que tiene.

¶ Secundo principaliter, dize Pedro Lopez y sus letrados, q̃ quedando excluso de la sucession deste mayorazgo Don Antonio de Padilla, se ha de entẽder, que tambien quedo excluso el dicho Don Gutierre, y todos los demas descendientes de el dicho Don Antonio: quia exclusa radice censentur exclusi omnes rami ex illa procedentes, vt per Bart. in l. 2. §. videndum. nu. 1. ff. ad Tertullia. & in l. liberorum. nu. 14. ff. de verb. signifi. cum aliis multis adductis per Molin. libr. 1. c. 3. & . 5. nu. 41. & . 42. Quia non potest plus iuris esse in causato, quam in influenti potentia causæ. vt inquit Baldus in l. 1. ff. de senatoribus.

¶ A lo qual se responde, lo primero, que la dicha regla, en que el dicho Pedro Lopez se funda, procede y ha lugar, quãdo el testador simpliciter, & absolute excluye al padre: pero no procede quando se excluye por alguna calidad, quæ cohæret personæ patris exclusi: & non cohæret filiis vel descendentibus. Como es en nuestro caso, adonde la exclusion de que se trata no se hizo simplemẽte, sino con cierta calidad, quando este mayorazgo sucediesse en persona, que

no

no pudiesse tener los dichos apellidos de Bouadilla y Peñalosa solos por principales. vt patet ex clausula supra relata. Et quando filius excluditur respectu certæ qualitatis, nunquam ex hoc descendentes eius, (in quibus illa qualitas non reperitur) exclusi censentur, vt probat text. in l. fi. C. de natural. liber. tenet Bart. in l. liberorum. ff. de verb. signif. nu. 6. vbi dicit, quod quando lex loquitur non simpliciter, sed respectu alicuius qualitatis, quæ est in filio, & non est in nepote, talis lex non procedit in nepote. tradit Bald. in l. Gallus. §. instituens. ff. de liber. & posth. Corn. cons. 21. nu. 7. lib. 1. vbi loquitur quasi in terminis. Alex. consi. 4. lib. 4. Cassan. cons. 13. Bald. in l. maximum vitium. C. de liber. præter. vbi dicit: quod si excluditur filia dotata, non ob id pariter excluditur nepos ex ea. Ita resoluit Anto. Gabriel inter communes conclusiones. lib. 4. tit. de fideicommissis. concl. 6. nu. 8. vbi nu. 9. concludit: Quod si pater odio particulari filiam exclusit, non ideo nepotem exclusisse censetur. adducit multa in proposito Curt. cons. 64. versi. tertio. Corneus consil. 21. libr. 1. & cons. 119. eo. lib. Alex. cons. 49. lib. 4. Ruin. cons. 110. lib. 2.

¶ Lo segundo se responde, que la dicha regla tampoco no procede quando no concurre la misma causa y razon de exclusion enel hijo que en el padre. Imo exclusa vna persona à succesione alicuius rei, non censentur exclusi filij, seu descendentes, ab ea persona procedentes, quando in dictis filiis, seu descendentibus cessat ratio exclusionis. vt bene probat Cephal. cons. 103. nu. 14. cum sequent. lib. 1. Y la razon de la exclusion del dicho Don Antonio ha sido y es, porque no se confunda el dicho mayorazgo de Bouadilla y Peñalosa con el que tiene el dicho Don Antonio, con la obligacion de otro nombre y renombre. Y esta fue, y es la razon final, que se pone en la misma clausula, ibi: *Otrosi quiero y dispongo, y ordeno, que quando el dicho mayorazgo succediere en persona, que no pueda tener los dichos apellidos, como dicho es, solos por principales, sin otro renombre, ni cognombre alguno antes ni despues, por tener otro mayorazgo y bienes vinculados, con condicion, que se llame de otro apellido. &c.* Et eandem rationem posuit in simili Anchar. cons. 113. col. 2. in medio, y lo prueua in simili la ley de Madrid del año de 34. quæ est l. 7. tit. 7. lib. 5. in noua compilatio. Y quando no se puede considerar mas de vna razon, que pudo mouer al instituidor, que dispuso, aquella se tiene por expressada, y por causa final de la misma disposicion. vt est glo. recepta in l. quamuis. C. de fideicommissis. late Tiraquell. in tract. de cessante causa. limit. 21. nu. 8. Considerata ergo dicta ratione, es impossible, que la exclusion del dicho Don Antonio

tonio

tonio prejudique al dicho Don Gutierre su hijo. Porque aunque el dicho Don Antonio tiene el mayorazgo de los Padillas, el dicho Don Gutierre no le tiene ni possee, ni otro alguno que le impida el nombre, y armas, y apellido de Bouadilla y Peñalosa. Nam exclusionis causa cessante, cessat ipsa exclusio. vt in l. si instituta. & in l. pater filium. & in l. si is qui. ff. de inoffi. testa. & in l. si post mortem. §. liberi. ff. de bonorum poss. contra tab. tenet Bal. consi. 21. lib. 3. & consil. 178. lib. 5. Ange. in auth. de hæredib. & falcid. §. si quis autem. Roman. in l. fin. C. de pactis. Deci. cons. 379. nu. 5. vbi alia adducit. Et sic videmus, quod dispositio, quæ vocat masculos non admittit fœminam propter sexum repugnantem, & tamen admittit masculos, descendentes ex ipsa fœmina exclusa, si materia agnationem nõ respiciat, quia in talibus descendentibus masculis cessat ratio exclusionis: qua cessante, sine dubio tales descendentes masculi succedũt: Et si fœmina, ex qua procedunt succedere non posset, vt docet Ancha. consi. 339. col. 3. & 4. Areti. & Soci. in l. Gallus. §. nunc de lege Velleia. in fin. ff. de liber. & posth. idem Socin. in l. cum auus. num. 82. ff. de condit. & demonstr. Deci. consil. 303. Anton. Rub. consi. 22. Mandel. consi. 86. num. 4. Molina lib. 3. c. 5. num. 48. & est apud omnes indubitatum. Y ansi no es inconueniente, antes muy conforme a todas las reglas de derecho, que aunque Don Antonio no suceda, aya de suceder y suceda su hijo, Pues en el hijo falta la razõ de la exclusion, que ay en el padre. Pudiendo, como el dicho hijo puede traer las armas, nõbre, y renombre de Bouadilla y Peñalosa. Et si bene perpendantur omnes, quos Tiraquel. allegat (de primogenit. quæst. 12. nu. fin. vbi constituit regulam generalem, quod quando vna persona prohibetur succedere, prohibentur quoque eius descendentes) se hallara, que todos hablan quando concurre en el hijo, o descendiente la razon de la exclusion. Y el tal hijo, o descendiente no podia suceder sino por medio y derecho de su padre, y contra personas llamadas. Bartol. enim in d. l. 2. §. videndum. ff. ad Tertullia. qui regulam constituit, (& quem omnes allegant) loquitur in casu, quando mater prohibetur succedere stantibus agnatis. In qua specie concludit Bart. excludi quoque auum maternum, quia prædictum statutum, non solum habet virtutem exclusiuam matris, sed etiam virtutem inductiuam, vt agnati succedant. & idem Bart. in d. l. liberorum. num. 14. in quæstione, an si filia dotata decesserit, relicto filio masculo, dum quærit, an talis nepos excludatur à filio, & sic à patruo? Et concludit, illum excludi, quia aut nepos vult succedere ex persona propria, & excluditur à patruo, cum ipse teneat secundum

como quiera que arriba en los llamamientos generales este llamado para despues de los dias de Doña Maria de Padilla su hijo mayor, que es el dicho Don Antonio y sus descendientes, primero que el dicho Pedro Lopez, hijo segundo de la dicha Doña Maria. Esto solo basta para que aunq̃ el dicho Don Antonio fuesse excluydo por falta de alguna condicion, debaxo de la qual estuuiesse llamado, o por otra razon que milite en su persona, aya de succeder el dicho Don Gutierre su hijo. Quia si ex pluribus, quæ præponũtur vnum tantum excluditur. cætera omnia ex hoc admissa censentur. prout tenet Bald. in l. 2. C. de sacrosanct. ecclesiis. & in l. siue possidetis. C. de probationib. probat text. Vbi omnes notant in c. nonne. de præsumptionib. & in l. Tribunus. §. 1. ff. de militari testament. per quem text. dixit Bald. ibi, quod qui ex pluribus vnum reprobat, cæteros approbare videtur. quod etiam probat text. in l. cum ita legatur. ff. de conditio. & demonstratio. & in l. cum lex. ff. de legibus. & in l. cuius bonis. ff. de curator. furiosi: & vnius exclusio alterius inclusionem induncit. vt in l. cum prætor. ff. de iudiciis. & in l. maritus. C. de procuratorib. & in l. cum qui ita. §. 1. ff. de verbor. obligationib. Y pues la dicha fundadora auiendo llamado para la sucession deste mayorazgo al hijo mayor de la dicha Doña Maria de Padilla, y a su hijo Don Gutierre, y a todos sus descendientes: y a falta de ellos llamo al dicho Pedro Lopez de Padilla y a los suyos, y solo excluyo al que tuuiesse otro mayorazgo con obligacion de otro nombre y de otro apellido: necessariamente se sigue, que por esto fue visto confirmar y aprobar el llamamiento que antes auia hecho del dicho Don Gutierre, y aun boluerle a llamar: Quia casus, qui à dispositione generali excipitur, firmam facit ipsam dispositionem in contrarium in casibus non exceptis. l. nam quod liquide. §. finali. ff. de penu. legata. l. 1. vbi Deci. & omnes. ff. de regulis iuris. l. in his. ff. de legibus. l. quæsitum. §. denique. ff. de fundo instructo. late per Felinum in cap. quoniam frequenter. colum. 1. & 2. vt lite non contestat. vbi colum. 3. dicit, quod qui non excipitur, remanet sub dispositione regulæ. per textum in l. Titiæ textores. ff. de legat. 1. & facit etiam, Nam limitata causa, limitatum producit effectum. l. age cum Geminiano. C. de transactionib. l. in agris limitatis. ff. de acquir. rerum domin. & quod non mutatur en la persona de Don Gutierre, cur stare prohibetur? l. sancimus. C. de testament.

¶ Que omnia confirmantur per textum notabilem in proposito in l. alumnæ. §. qui filias. ff. de adimend. legatis. vbi probatur, quod dispositio

dispositio prima testatoris per sequentem videtur reformata, in his tantum, in quibus expresse reformatur, non in aliis. Y ansi auiendo precedido la disposicion de la fundadora, en la qual llamo primero al hijo mayor de la dicha Doña Maria de Padilla, y a sus descendientes, si despues al fin reformo esta disposicion en la persona de el hijo mayor, que fuesse sucessor en otro mayorazgo de otro apellido, en este solo quedo reformada, y no en los descendientes del dicho hijo mayor. vt probat textus in dicto. §. qui filias. in fi. ibi: *Responderi non à tota voluntate recessisse videri, sed ab his tantum rebus quas reformasset.* per quem textum respondit Francis. de Aretio consil. 21. colum. 1. in fine. cum principio sequentis, tratando quando se dira el contrato renouado, o quando no. Quod regulariter ad ademptionem vnius rei non sequitur ademptio alterius, quando res sunt separabiles, sicut quantitas, quæ est diuidua. tradit etiam Octauianus. decisione Pedemontana. 52. numero. 14. vbi per dictam l. alumnæ. §. qui filias. & per l. legatum pure. ff. de adimend. legatis. dicit, quod dispositio testatoris prima in suo testamento, per sequentem dispositionem factam in codicillis, in his tantum reformata censetur, in quibus expresse & in indiuiduo reformata reperitur, & non in aliis. & allegat etiam ad hoc regulam text. in l. cum prætor. ff. de iudiciis. & in l. maritus. C. de procuratorib.

¶ Quæ etiam corroboratur per textum in l. si adimendo. ff. de adimend. legatis. Donde se decide, que si el testador hizo vna manda, o fideicommisso a Meuio, con cargo que despues del lo vuiesse Ticio, y despues excluyo a Meuio de la sucession de el fideicommisso, y mando que no lo vuiesse, en tal caso la dicha manda, o fideicommisso ha de passar derechamente a Ticio, que para despues de el dicho Meuio (que fue excluso) estaua llamado. Porque la exclusion del primero llamado no excluye al q̃ despus de el estaua substituido, si el testador no lo expresso. Y antes por la exclusiõ del primero, q̃ auia de suceder se tiene desde luego por incluydo el substituto, & sunt verba textus: *Si adimendo legatum, quod Manio relictum sit, fideicommissum ab eo datum defunctus reuocare noluit, hæredes ex causa fideicommissi conueniri posse recte probari.* Per quem textum dicit ibi Bartolus, Quod legatum ademptum remanet cum onere fideicommissi. & idem probat textus in l. Caio Seio. in principio. ff. de aliment. & cibar. legatis. & in l. si ab eo. ff. de vsufruct. legato. De lo qual resulta, que pues el dicho Don Gutierre (como hijo mayor del dicho Don Antonio de Padilla) esta substituydo para despues de su padre, y antes que el dicho Pedro

Lopez de Padilla,ha de sucedér necessariamente eneste dicho mayo razgo.antes q̃ el dicho Pedro Pedro Lopez,sin embargo de la exclu sion que se vuiesse hecho de su padre. iuxta textum in d. l. si adimen- do.& faciunt etiam resolutiones supra adductæ, quod exclusio sua- pte natura restringitur, & non porrigitur vltra personam speciali- ter exclusam, iuxta doctrinam Bald. in l. sed & milites. ff. de excu- sat.tutorum.

¶ Y vltimamente se excluye la dicha objection, teniendo siem- pre delante de los ojos la razon,que mouio a la fundadora para ex- cluyr a la persona llamada, que tuuiesse otro mayorazgo con obli- gacion de otro nombre,y de otro apellido diferente: la qual arriba apuntamos,y esta expressada en la dicha clausula: videlicet,Porque no quiso que este su mayorazgo se confundiesse con otro, ni que vi- niesse a persona, que no pudiesse tener sus apellidos solos por prin- cipales,sin otro renombre, ni cognombre alguno,Quæ quidem ra- tio semper attendenda est, quia censetur anima ipsius dispositionis, & secundum eam restringitur,vel ampliatur dispositio, absque eo quod verba sint in consideratione.l. cum pater. §. dulcissimis. de le- gat.2.l.fina.ff,de hæredib.instituend. Late tradunt scribentes in cap. cum dilecta.de confirmatio.vtili vel inutili. Et causa finalis disposi- tionis ea dicitur, quæ disponentem præcipue mouet, & in quam ipsius mens principaliter dirigitur.Cinus, Alberic.& Baldus.in l.ge neraliter. C. de episcopis & clericis. Baldus in l. vnica. C. de falsa causa adiecta legato.Y desta manera de qualquier suerte que se con sidere la exclusion del dicho Don Antonio, nunca puede hazer per- juyzio al dicho Don Gutierre su hijo, pues puede y quiere tener los dichos apellidos de Bouadilla y Peñalosa solos por principales sin otro renombre ni cognombre alguno antes ni despues. Y con esto no se le puede quitar la sucessión,estando llamado immediatamen te despues del dicho su padre.Porque el dicho su padre no fue, ni es priuado deste dicho mayorazgo por odio que le tuuiesse la funda- dora a el y a su descendencia,ni por vicio alguno real, que en su per- sona concurriesse, y en la de sus descendientes: sino solo porque no podia representar su memoria,trayendo los dichos sus apellidos so los por principales. Y ansi la dicha fundadora nõ odio habuit filium maiorem dictæ Dominæ Mariæ de Padilla, sed confussionem.Me- diante lo qual, pues el dicho Don Gutierre tiene primero llama- miento que el dicho Pedro Lopez de Padilla su tio, y puede repre- sentar la dicha memoria de la manera que la fundadora lo preten- dio

dio, trayendo sus apellidos solos por principales sin otra mezcla alguna, absque dubio debet succedere excluso dicto suo patruo, de la misma manera que si el dicho su padre fuera muerto, como la misma fundadora lo declaro en otra clausula, que tambien habla delas armas, incipit: *Otrosi con condicion*. qua disponitur, que los successores en este mayorazgo trayan las armas de los Bouadillas y Peñalosas por principales, y que en las escripturas que otorgaren, y en sus casas se hagan llamar Bouadillas y Peñalosas, y que despues del nombre proprio se digã Bouadillas de Peñalosa. Sequitur, & facit. *Y si lo contrario hizierẽ pierdan el dicho mayorazgo e suceda enel el siguiente en grado, como si no fuere posseedor del el que no guardare lo que dicho es, o no fuere llamado, o fuere muerto y passado desta presente vida.* Ex quibus verbis clarissimus colligitur intellectus ad præsentem clausulam huius litis. Porque presupuesto que alli habla del posseedor, que no trae las dichas armas, ni se llama en publico y en secreto Bouadilla de Peñalosa, es cosa llana, que el siguiente en grado sera su hijo, para que en el passe el mayorazgo, y guarde las condiciones y grauamenes del. Y ansi dize, que el tal posseedor, q̃ no guardare las dichas condiciones sea como sino fuera posseedor, o no fuera llamado, o fuera muerto y passado desta presente vida. Y de la misma manera en el caso de nuestra clausula el siguiente en grado, que esta llamado (por tener Don Antonio otro mayorazgo con otro apellido) es su hijo, que no tiene el dicho impedimento. Y ansi como en la dicha clausula el tal posseedor, que no guarda la condicion de los dichos apellidos es auido como si fuera muerto naturalmente, ansi tambien el dicho Don Antonio en el caso sucedido ha de ser auido, como si naturalmente fuera muerto, y entrara su hijo Don Gutierre, que puede, y quiere cumplir la dicha condicion de los apellidos dela dicha fundadora.

¶ In quorum etiam confirmationem facit. Nam certissimi iuris est, Qod si possessor maioratus committat delictum, propter quod ipso maioratu priuãdus sit, talis maioratus deuoluitur ad filium possessoris delinquentis, & non ad eius fratrem, seu transuersales. vt inquit Bart. per text. ibi in l. 3. ff. de interdictis & relegat. vbi num. 3. resoluit, quod quãdo filij sunt in dispositione, & in inuestitura vocati, habent suo iure bona, iuxta textum in l. iuris iurandi. §. si liberi. ff. de operis libert. & nunquam delictum patris nocet filiis, quando propriam vocationem habent. vt tradit Deci. consi. 389. num. 2. & hanc conclusionem procedere etiam in criminibus exceptis lege maiestatis diuinæ vel humanæ, probat Molina libr. 4. c. 11. à num. 50. Quinimo

 mo

mo in casu legis Imperator. ff. ad Trebellian. vbi pater fuit grauatus restituere filio fideicommissum, & ipse disipabat bona fideicommisso subiecta, propter quod ab eo auferuntur, & cogitur ipse pater fideicommissum filio restituere, etiam existenti in potestate, & ante conditionis euentum, censet Bartolus in l. fin. num. 3. ff. vt legato, seu fidei commisso nomine caueatur, non procedere eius decisionem, nisi in patre respectu filij, & non in aliis cognatis, seu transuersalibus, vel extraneis, & idem tenet Paul. in d. l. Imperator. num. 6. vbi Segura. col. 44. & 45. secundum atiquam impressionem, & sic magis fauetur filiis, quando ipsi aliàs sunt successores immediate, quam aliis transuersalibus agnatis.

¶ Vltimo loco in terminis nostræ quæstionis del mayorazgo, en que ay grauamen de nombre y armas, con expressa declaracion, de que en caso de contrauencion passe al siguiẽte en grado, resoluit Tellius Fernandez in l. 27. Tauri. num. 10. que el tal mayorazgo passarà al hijo del excluso, y no a su ermano. & ibi allegat Andræam de Isernia in cap. 1. col. 3. vers. si vero. de aliena. feudi paterni, vbi dicit, quod si ex dispositione concessionis feudo pater priuetur, quod agnatis est deferendum: Hoc non procedit, vbi talis alienans habet filios qui agnatis præferũtur, & ibi alias rationes & authoritates allegat. Et in terminis etiam hoc ipsum resoluit Mieres. 2. parte de maioratu. quæstione. 4. illatione. 8. num. 22. vbi dicit. hanc quæstionem contigisse in Regali Cancellaria Granatensi, & ibi dicit, quod sequens in gradu dicetur filius respectu patris, cum disponens vocat sequentem in gradu, vbi possessor maioratus non seruat grauamina nominis & armorum, & ibi allegat textum in l. 3. ff. de interdict. & relegat. & textum in l. cum ita. §. in fideicommisso. ff. de legat. 2. ibi: *Et qui ex his proximo gradu procreati sunt.* & alia quæ per eum videri poterunt. Ex quibus resultat, que en el caso de nuestra clausula el dicho Don Gutierre ha de suceder, como siguiente en grado, aun que su padre aya quedado excluso.

¶ Tertio principaliter, se oponẽ por parte del dicho Pedro Lopez de Padilla cõtra el dicho Don Gutierre las palabras de la dicha clausula, ibi: *Saluo si el tal no eligiere dexar, y dexare el dicho mayorazgo y bienes vinculados que tuuiere a su ermano segundo, o al que le auia de suceder. &c.* Ex quibus verbis deducunt, que el siguiente en grado, de que antes hablò, se entiende ser el ermano segundo del dicho Don Antonio, que es el dicho Pedro Lopez de Padilla. Y que desta manera su hijo Don Gutierre no puede tener entrada en este dicho mayorazgo.

Cui

¶ Cui quidem obiectioni facillimè respondemus, aduirtiendo, qu la dicha clausula tiene dos partes. En la primera trata la fundadora del caso en que este su mayorazgo viene a persona, que no puede tener sus apellidos, por tener otro mayorazgo con condicion que se llame de otro apellido: y en este caso dispone, que este dicho su mayorazgo passe al siguiente en grado llamado en los llamamientos generales. Y en la segunda, que comiença: *Saluo si el tal*, habla de el caso, en que la tal persona dexa el mayorazgo que tiene, & dicit: *A su ermano segundo, o al que le auia de suceder.* Cum igitur isti casus sint diuersi. Porque el vno es del mayorazgo de la fundadora, y el otro de el mayorazgo, que tenia la tal persona llamada: sequitur, quod ex vno non debet inferri ad aliud, quia ex diuersis nũquam fit illatio. l. Papinianus exuli. ff. de minorib. l. naturaliter. §. nihil commune. ff. de acqui. possess. l. inter stipulantem. §. sacram, ibi: *Sed hæc dissimilia sunt.* ff. de verbor. obligatio. Quinimo en el mismo caso segundo, que es quando la tal persona dexa el mayorazgo que tiene, aunque la clausula dize: *A su ermano segundo,* necessariamente se ha de entender, no teniendo hijos, verbi gratia, si Don Antonio de Padilla quisiera tomar este mayorazgo de Bouadilla y Peñalosa, y dexar el que tiene, no pudiera dexarlo a su ermano segundo: Porque necessariamente auia de suceder en el su hijo mayor, cõforme a las reglas ordinarias de los mayorazgos: en los quales despues de el padre sucede el hijo, y no el ermano. vt in l. 2. titul. 15. partit. 2. & in l. 40. Tauri. late tradit Præses Couarruuias in practicis quæstionib. cap. 37. & Molina atque Mieres per totum tractatum de primogeniis Hispaniæ. Y por esso se dize, derecho de Primogenitura, y en España, Mayorazgo, que es lo mismo que primogenitura, vt declarat Bald. in l. cum antiquioribus. C. de iure deliber. num. 1. versic. & primo præmitto. Ioannes le Cirier de primogenitura lib. 1. cap. 2. & Tiraquell. de primogenitura. quæst. 1. num. 12. Xuarez in quæstione maioratus. column. 2. in principio. vbi dicit, quod maioria & maioratus, & primogenitura sunt synonima, Molina lib 1. c. 1. num. 2. Y la dicha fundadora no pudo en el dicho segundo caso (tratando de el mayorazgo hecho, y fundado por otro fundador) disponer, ni mandar lo contrario, quia hæreditati quidem suæ qualem velit substitutionem facere potest: verumtamen alienum ius minuere nõ potest. vt in l. cum filius familias. ff. de militari testament. Nec de rebus alienis potuit disponere, vt in authent. ingressi, ibi: *Vtpote nec domini rerum.* C. de sacrosanct. ecclesiis. & in l. lege Cornelia. ff. de testamen. Ni podia obligar al successor a lo impossible, quia impossibilium nulla est obli-

gatio

gatio. vt in l. impossibilium. ff. de regul. iuris. como seria obligarle a que dexasse el mayorazgo que tiene a su ermano segundo, llamando los fundadores a su hijo mayor y a sus descendientes, y ansi quando dixo: *Saluo si el tal no eligiere dexar, y dexare el dicho mayorazgo, que tuuiere a su hermano segundo*, entendio, no teniendo hijos: la qual interpretacion es suaue, y natural y cōforme a derecho por lo que esta dicho. Y porque en la disposicion de ascendientes para descendientes en que ay grauamen de restitucion, de iure intelligitur conditio si sine liberis. vt in l. cum auus. ff. de conditionib. & demonstrationib. & in l. cum acutissimi. C. de fideicommissis. & in l. generaliter. §. cum autem. C. de institutionib. & substitutionib. & ita intelligenda est hæc dispositio. Tum quia aliàs cōtineret impossibile, Tum etiam quia ita interpretanda est. vt prudentis hominis iudicio conueniat. vt in l. Lucius in. 2. ibi: *prudens consilium*. ff. de hæredib. instituend. & ne mereatur reprehensionem. vt in l. Saluius Aristo. ff. de legatis præstandis. Y demas de esto considerandum est, que la dicha fundadora pareciendo le que quedaua corta en las palabras: *A su hermano segundo*. añadio: *O al que le auia de suceder*. Quæ quidem sunt verba generalissima, per quæ significauit, que en quanto al mayorazgo, que la tal persona dexasse, no se auia de tener otra consideracion, sino que le dexasse a la persona, que le auia de suceder. Y ansi si tuuiesse hijo, o hija, seria al tal hijo o hija. Y no lo teniendo seria a su ermano segundo, o ermana, y no los teniendo a su pariente mas cercano: & sic cessat omnis difficultas.

¶ Quinimo ex abundanti dicimus, que aunque la fundadora no vuiera añadido aquellas palabras: *O al que le auia de suceder*. Y en nuestro mismo caso en el principio de la clausula, donde dixo: *siguiente en grado*. vuiera dicho a su ermano segundo, constanter affirmamus, que el hijo auia de entrar excluso el dicho ermano segundo. Porque la dicha substitucion del ermano segundo se auia de entender, no dexando hijos la persona de quien la dicha clausula habla. prout in terminis concludit Mieres. 4. parte de maioratu. quæstione. 19. num. 26. versic. prima autem, cuius sunt verba: *Procedit etiam in casu, in quo pater faciat maioratum in vnum filium, & in casu alienationis vocet alium filium fratrem suum. Nam adhuc inest tacita illa conditio: nisi alienans filios habuerit, quia in isto casu censentur vocati, & prædilecti, quia dicta lex cum acutissimi, procedit etiam vbi res est reddittura ad alterum filium relinquentis, & sic ad fratrem ipsius, cui primo loco relicta erat, ita vt filius ex eo, cui res relicta est, præferatur patruo, cui res restituenda erat post mortem patris sui: vt per l. cum auus. ff. de condit. & demonst.*

& demōst. voluit ibi Cumanus. Bald. & Salicet. & ibi alia allegat. La qual resolucion eximit nostrum casum ab omni controuersia. Pues aunque las dichas palabras, (de el ermano segundo) estuuieran puestas en la primera parte de la clausula, no tuuiera el dicho Pedro Lopez de Padilla derecho alguno contra el dicho Don Gutierre. Y diziendo la clausula, como dize, *al siguiente en grado*, res est sine dubio: Pues siguiēte, secundum iuris principia notissima, se dize, y ha de ser el hijo respecto del padre.

¶ Quarto principaliter no obsta, lo que tambien ponderan los letrados contrarios, dicentes, que en el caso, de quando la dicha persona dexa el mayorazgo que tiene, y toma este de Bouadilla y Peñalosa, ponit hæc verba: *Que en tal caso quiero que lo pueda hazer y haga, guardando y cumpliendo todo lo contenido en esta escriptura, y despues suceda en ellos su hijo mayor varon legitimo e sus descendientes, guardando la orden de suso declarada.* Ecce inquiunt, que quando la dicha persona se queda con este mayorazgo, luego declara, q̃ despues de el ha de suceder su hijo mayor. Y en el principio de la clausula, quando se queda con el otro mayorazgo que possee con otros apellidos, dize, que este suyo passe al siguiente en grado, vsando de diferentes terminos, hinc inferentes: que el tal siguiente en grado sera el ermano segundo.

¶ Cui quidem obiectioni respondemus, quod hæc sine fundamento dicta esse videntur. Porque el dezir al fin de la clausula, q̃ despues de la tal persona, que se queda con este mayorazgo, suceda su hijo mayor y sus descendientes: Y al principio de ella, que reteniendo el otro mayorazgo passe este al siguiente en grado, no tiene mas diferencia, que ser el vn termino mas general que el otro. Porque *siguiente en grado* sera el hijo de la tal persona, y no teniendo hijo, sera la hija, y no teniendo hijos sera el nieto, o nieta, bisnieto, o bisnieta, y no tiniendo descendientes sera su ermano o ermana, y no los tiniendo sera su pariente mas cercano. Y esto significo con la palabra, *siguiente en grado.* Y es termino vulgar, q̃ comprehēde todo lo susodicho, y de q̃ se vsa en esta materia, vt in l. 45. Tauri. Y en este mayorazgo en la clausula, que comiença. *Otrosi con condicion, que vos. &c.* ibi: *Y suceda en el el siguiente en grado.* Y en la clausula: *Otrosi mando y ordeno.* ibi: *Y venga al siguiente en grado.* Y en la clausula: *Otrosi quiero y mando.* ibi: *Venga el dicho mayorazgo al siguiente en grado.* Y en la clausula: *Y quiero y ordeno*, ibi: *Y despues suceda el siguiente.* & alibi passim, & habetur per totum titulum ff. & C. & institut. de gradibus, & per totum de successorio edicto: & in l. si

desta palabra hijo mayor parece que declaro q el mayorazgo que auia de dexar era a hermano segundo o al que la auia de heredar pero no a hijo pues a este le llama despues para este mayorazgo sin dezir q dexe el que su padre le avria de dexar.

in l. si filius. §. cum filius. ff. de bonis libertorum, ibi: *qui sequenti gradu sunt.* Y fuera alguna manera de impropriedad dezir en el principio de la dicha clausula: venga al hijo mayor de la tal persona. Porque parece, que se restringia. Y ansi fue cosa conueniente dezir: *En tal caso quiero que venga al siguiente en grado.* Para comprehender todos los casos, q̃ podian suceder: Y para quitar todo genero de duda añadio las palabras, que arriba ponderamos: *Llamado por la disposicion suso dicha y con las dichas condiciones.* Y ansi sera el hijo, o hija, nieto, o nieta, bisnieto, o bisnieta, & sic de reliquis, segun y como esta dispuesto en las substituciones generales: Y como quiera, que el dicho Dō Gutierre de Bouadilla y Peñalosa este llamado luego immediatamente despues del dicho Don Antonio de Padilla su padre, ipse sine dubio succedere debet in hoc maioratu: Pues le conuienen las palabras, y la voluntad de la dicha fundadora, secundum ea, quæ supra adducta sunt pues puede cumplir y cumple el dicho grauamen de nombre, y armas, y apellido, que es todo lo que la dicha fundadora pretendio mas principalmente en su disposicion.

¶ Vltimamente no prejudica al dicho Don Gutierre lo que el dicho Pedro Lopez de Padilla su tio ha querido introduzir en el caso de este pleyto: diziendo, que el dicho Don Antonio de Padilla su padre ha perdido los mayorazgos que tiene de Padilla, por no auer cumplido las condiciones de ellos. Cum tamen prædictæ conditiones tanquam iustæ & honestæ seruandæ sint. vt in l. Mæuius. & in l. qui hæredi. ff. de condition. & demonstrationib. l. 1. & per totum. ff. de conditio. institutio. l. facta. §. in danda. ff. ad Trebellian. Y que la dicha priuacion se haze ipso iure en los dichos mayorazgos: & per consequens, que luego passo ipso facto el derecho de ellos en el dicho Don Gutierre. Y que ansi esta en el caso de la inhabilidad de la dicha clausula propter impedimentum, quod iam de præsenti censetur habere, para no poder tener los dichos apellidos de Bouadilla y Peñalosa.

¶ Cui quidem obiectioni respondemus, Que todo lo que cerca de esto se trae por los letrados del dicho Pedro Lopez de Padilla es impertinente y fuera de proposito: Porque en este processo no esta probado ni aueriguado, auer el dicho Don Antonio contrauenido a las dichas condiciones. Y ansi como de cosa q̃ no esta en el processo no se deue hazer caso alguno, quia animus iudicis ex his, quæ sunt in processu informandus est, vt in l. illicitas. §. veritas. ff. de officio

præsidis

præsidis. Y de mas de esto, aunque constara del no cumplimiento re specto del dicho Don Antonio, todo es impertinente. Porque la fundadora no considero mayoria, ni esperança de suceder, como esta dicho, sino real y actual sucessión en otro mayorazgo incompatible. Y assi demas de que para tener el dicho Don Gutierre los dichos mayorazgos, o qualquiera de ellos, que vuiesse perdido su padre, erat necessaria iudicis declaratio, (vt concludit Molina libr. 3. cap. 10. nu. penultimo) Quãdo los tuuiera actualmente los pudiera dexar y pedir este. Y ansi basta, que por aora en su persona no ay incapacidad, ni inhabilidad, y que de lo que pudiera tratar el dicho Pedro Lopez de Padilla no viene en este juyzio, que es, que puede requerir al dicho Don Gutierre, que pida los mayorazgos a su padre, porque los tiene perdidos, donde no que entrara el a los pedir, como siguiente en grado. Y assi al dicho Don Gutierre le basta aora no ser posseedor actual de otro mayorazgo incompatible, y que el se quiere llamar y nombrar, y llama y nombra Bouadilla y Peñalosa.

¶ Ex quibus omnibus euidenter sequitur, que el remedio intentado por el dicho Don Gutierre vuo y ha lugar: y que se le deue adjudicar la tenuta y possessión de los bienes del mayorazgo sobre que se litiga. Et ita speramus iudicandum. Salua semper in omnibus per illustris Dominationis vestræ censura. &c.